

Revista de Derecho Ambiental. Año VI N° 9.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Directora Responsable

Prof. Valentina Durán Medina

Sub Directora Responsable

Prof. Pilar Moraga Sarriego

Editores Responsables

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso

Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

Revista de Derecho Ambiental (en línea)

Centro de Derecho Ambiental

Facultad de Derecho. Universidad de Chile

Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile

+562 29785354

cda@derecho.uchile.cl

<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro

Constitution and environment: some ideas for the future

Liliana Galdámez Zelada*

Doctora en Derecho, U. de Valladolid

lgaldamez@derecho.uchile.cl

Resumen: Este trabajo propone algunos contenidos básicos para la consagración de la dimensión ambiental en una futura Constitución para Chile. La propuesta se elabora analizando los antecedentes de la actual configuración del medio ambiente en la Constitución de 1980 y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en recursos de protección por vulneración del artículo 19 número 8, que desarrolla el contenido ambiental de la Constitución. Asimismo, se considerarán algunos criterios elaborados por el Tribunal Constitucional en la materia. En la elaboración de la propuesta se tendrán también presentes diversos informes sobre el estado del medio ambiente en el país. Esta proposición se construye en base a elementos mínimos, no excluyentes de otras recomendaciones.

Palabras clave: Reforma constitucional y medio ambiente, límites del crecimiento, problemas ambientales.

Abstract: *This work proposes some basic contents for the consagracion of the environmental dimension in a future Chilean Constitution. The proposal is elaborated using the background of the current configuration of the environment in the Constitution of 1980 and the jurisprudence of ordinary courts in remedies of protection for the vulneration of the Article 19, para. 8, which develops the Constitution's environmental content. It will also be considered criteria elaborated by the Constitutional Court on the issue. It will also be taken*

* Abogada, Universidad de Chile. Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Este trabajo se elabora en el marco del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11140270, del cual soy investigadora responsable. Agradezco a FONDECYT la oportunidad de haber podido desarrollar esta investigación. Parte de los contenidos que acá se desarrollan fueron elaborados en el marco de una estancia de investigación en *Max Planck Institute for comparative public law and international law*.

in consideration different reports on the state of the environment in the country. This proposal is built as constituted by minimum elements, non exclusive of other recommendations.

Keywords: *Constitutional reform and the environment, limits to growth, environmental problems.*

Introducción

El encuadre de lo ambiental en la Constitución de 1980 tiene unos márgenes más o menos precisos. En la Constitución, el medio ambiente se consagra como derecho fundamental, como cláusula de restricción de derechos y como deber de protección, todo en la misma norma, artículo 19 número 8¹. En el derecho comparado, especialmente en Latinoamérica, además de estos contenidos, otras constituciones hacen referencia a la economía y al medio ambiente e intentan definir cómo debe articularse esta relación, casi siempre bajo la fórmula del desarrollo sostenible. Fórmula que podría explicarse en términos simples como: crezcamos económicamente, pero sin comprometer el medio ambiente y los recursos naturales para el futuro, pensando en las futuras generaciones y en la preservación del mundo que conocemos.

El llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano², ha sido particularmente entusiasta de las cláusulas de contenido ambiental. Así, señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 106 que “el Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos”.

La Constitución de Bolivia por su parte declara, en su artículo 9° que “son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”.

Por su parte, la Constitución del Ecuador señala en su artículo 10 que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Por otra parte, establece en

¹ Ver: Liliana Galdámez, «Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 148, (2017): 113-144. Disponible en: [doi:http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997](http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997). Fecha de acceso: 12 sep. 2017

² Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Serie Políticas Sociales* 153. (Santiago: CEPAL, 2009). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

su artículo 71, que “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos [...]”. Finalmente, señala en su artículo 72 que “La naturaleza tiene derecho a la restauración [...]”.

En el mismo sentido, Martínez señala que “el debate por los Derechos de la Naturaleza no es una elección teórica ni se agota en las reflexiones académicas; deberá incorporar a los sujetos históricos de estos derechos y deberá aterrizar sobre elementos prácticos para su aplicación; sólo en esa medida se hará justicia a la Naturaleza”³.

Courtis y Gargarella plantean una perspectiva crítica a este tipo de normas, argumentando que “uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas Constituciones (por ejemplo, las recientemente aprobadas en Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia, o la Constitución de Colombia de 1991, o la Argentina de 1994) es que ellas incluyen largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos). Las referencias a los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la alimentación adecuada, los derechos de la naturaleza y un larguísimo etcétera, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos”⁴. Más allá de estas críticas, Courtis y Gargarella afirman que, “[...] lo que parece estar en juego, en estos casos, es un fenómeno al que podríamos llamar el de las ‘cláusulas dormidas’, que es un fenómeno finalmente saliente en la historia del liberalismo y los derechos”⁵.

Sin embargo, para la lógica de los derechos sociales, esta fórmula no parece ser a primera vista descartable, dado que, a partir de la configuración de cláusulas de derechos de carácter genérico el juez podría en el futuro ir dotando de fortaleza y contenido a esos derechos, ello a partir de disposiciones programáticas que le habilitarían a ello.

Por otra parte, cabe señalar que la consagración del derecho fundamental a un medio ambiente sano o fórmulas de contenido similar normalmente se encuentran acompañadas de un recurso o mecanismo de tutela. Para el caso de Chile, es el recurso de protección el mecanismo que protege el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual se encuentra regulado en el artículo 20 inciso final de la Constitución. Dicho recurso tiene, en lo esencial, casi idénticas características al recurso de protección genérico, orientado a la tutela de los derechos fundamentales.

Como se verá más adelante, la ausencia de un procedimiento para supervisar el cumplimiento de las sentencias, cuando las acciones judiciales son acogidas, afecta y compromete la eficacia del recurso. Esta información es sumamente relevante para la definición de los mecanismos de tutela del derecho fundamental ambiental, reflexionando en clave de una futura Constitución.

³ Esperanza Martínez, Prólogo a *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011), 23.

⁴ Roberto Gargarella y Christian Courtis. *El nuevo...*, 31.

⁵ Roberto Gargarella y Christian Courtis. *El nuevo...*, 32.

La nomenclatura usada en la Constitución de 1980 contiene elementos valiosos en lo que se refiere a la protección del derecho fundamental ambiental. El artículo 19 número 8, asegura a todas las personas:

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

La norma es pionera, sin embargo, por su propia naturaleza –la dimensión ambiental como derecho–, no ha llegado a definir la forma de la relación que se busca construir con el entorno. Los otros dos contenidos de la norma, a saber, el deber de protección y la cláusula de restricción de derechos, se han visto más bien subsumidos en el derecho fundamental y hasta ahora no han desarrollado su fuerza normativa debido a que –nuevamente– el recurso de protección se dirige solo a asegurar la tutela del derecho fundamental.

En este sentido, se puede afirmar en lenguaje de Gargarella y Courtis, que claramente estaríamos frente a otra de esas cláusulas dormidas. Esta característica, en cualquier caso, es compartida por disposiciones de contenido similar en otras constituciones. Como vimos, son varios los países donde se incluyen entusiastas cláusulas de protección que muchas veces son más texto que realidad.

Así como los apartados que regulan la organización del poder tienen una aplicación directa, verificable y con consecuencias concretas, los derechos fundamentales, en especial lo ambiental, muchas veces expresa un buen deseo que termina siendo en la práctica gobernado por la contingencia, por las necesidades apremiantes del crecimiento, del desarrollo y por las presiones para impulsar la explotación de los recursos naturales, particularmente en el caso de la minería. Ello coloca al entorno y los recursos naturales en una compleja ecuación. Esta situación es simple de ver en los conflictos socioambientales de nuestro país, a propósito de la decisión del Comité de Ministros que rechaza la aprobación del proyecto minero Dominga⁶ y las polémicas que ello ha despertado.

El encuadre es, como dije antes, relativamente claro, lo delicado es la definición del contenido de la dimensión ambiental en la Constitución y su relación con la economía, particularmente en países en vías de desarrollo o desarrollo emergente.

La fórmula del desarrollo sostenible, para algunos, no ha logrado ser más que una noción que apenas introduce algunos correctivos en la agenda de crecimiento que el capitalismo y la sociedad de la acumulación alientan, en este sentido, “el desarrollo sostenible se

⁶ «Consejo de Ministros rechaza proyecto minero Dominga por "insuficientes medidas de mitigación"», *El Mostrador*, acceso 21 de agosto de 2017. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/08/21/consejo-de-ministros-rechaza-al-proyecto-minero-dominga-por-insuficientes-medidas-de-mitigacion/>. «Comité de ministros rechazó el proyecto minero Dominga», *Radio Cooperativa*, acceso 21 de agosto de 2017. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/medioambiente/contaminacion/comite-de-ministros-rechazo-el-proyecto-minero-dominga/2017-08-21/084035.html>

perfila como una propuesta orientada a [...] conjugar las aspiraciones de los países de la periferia de la economía mundial, articuladas en torno el derecho al desarrollo, con la nueva sensibilidad ambiental –no siempre sincera– de las sociedades centrales, sin incidir en la estructura institucional del capitalismo global y su favorecimiento de la desregulación creciente en materia de comercio e inversiones”⁷.

La cuestión ambiental es hoy un asunto complejo, cunde la alarma por la amenaza que implica el cambio climático y la vulnerabilidad que implica para países como Chile, expuesto con una mayor intensidad a sus efectos. En este sentido, cabe indicar que “Chile es vulnerable a los efectos del cambio climático, incluido el mayor riesgo de inundaciones, una menor disponibilidad de agua para la generación de energía hidroeléctrica, una menor producción agrícola y las consecuencias que afectarán la diversidad biológica. Para prepararse, para hacer frente a estos cambios, resultará esencial ejecutar los planes de adaptación sectoriales y llevar adelante un proceso riguroso de monitoreo y evaluación”⁸.

Por otro lado, también es cierto que muchos desastres naturales se atribuyen al cambio climático cuando, además del fenómeno, inciden otros factores, sobre todo las malas condiciones y la falta de previsión en la toma de las decisiones, en ocasiones, la falta de regulación, lo que ocurre especialmente con la ordenación del territorio. Lo anterior no significa cuestionar la existencia del cambio climático, por el contrario, lo que se pretende destacar es que muchas malas decisiones de las autoridades son malas porque no consideran este factor, pudiendo y debiendo hacerlo.

En la propuesta que pretendo desarrollar, procuraré apartarme de los tópicos recurrentes como el del desarrollo sostenible, no porque deba ser descartado; por el contrario, se trata de evitar nociones de uso frecuente, pero vacías de contenido concreto, o cuyo contenido es tan mutable que pueden vaciar de sentido la idea de un desarrollo que sea respetuoso y consciente de los límites del entorno. Y me parece que esto último, los límites del entorno, sí es una clave importante y profunda de lo ambiental. En el mismo sentido, otra idea importante y valiosa para abordar el contenido ambiental de la Constitución, se relaciona con la idea de lo común y la necesidad de formular reglas para su gobierno.

Pero antes de avanzar, parece necesario revisar la norma y la fórmula de consagración de lo ambiental en el ordenamiento chileno. Intentaré enseguida analizar cómo se ha construido la relación con el entorno en el texto de la Constitución de 1980, conocer los contenidos de informes especiales y la jurisprudencia que da cuenta de los resultados y problemas identificados en el gobierno de lo ambiental, para concluir en un tercer apartado con propuestas para la consagración de lo ambiental en una futura Constitución.

⁷ Boixareu Vilaseca, «Democracia ambiental: una alternativa a la crisis civilizatoria del Capitalismo tardío» (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universitat Rovira i Virgili, 2016), 135.

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016* (Santiago: CEPAL, 2016), 20.

1. La dimensión ambiental de la Constitución de 1980

Cuando la Comisión Ortúzar, encargada de elaborar el anteproyecto constitucional que luego se convertirá, con modificaciones, en la Constitución de 1980, discute la dimensión ambiental que debiera consagrar la nueva Constitución, Alejandro Silva Bascañán plantea un asunto central –que particularmente es uno de los problemas que se detectan en el texto actual de la Constitución– referido a la posibilidad de distinguir entre normas de contenido ambiental que se consagran en la parte inicial, donde se encuentran principios y valores, de la dimensión ambiental que se desarrollan en el capítulo de los derechos. En la discusión de la Comisión, finalmente lo ambiental se incluyó en el capítulo de los derechos y no en la primera parte, de las bases generales.

La construcción de lo ambiental centrado en la tutela de un derecho fundamental y no en la definición de la relación que se busca construir con el entorno es estratégica en el desarrollo y evolución de la tutela del medio ambiente, particularmente en su relación con la economía y el desarrollo.

Para el caso de Chile, este asunto no ha sido zanjado en la Constitución, como tampoco ha formado parte del debate nacional entre la protección de los recursos naturales y los desafíos que implica la agenda de crecimiento y desarrollo.

Por su relevancia, trataré enseguida algunas de las opiniones que se desarrollaron en la Comisión. En ese momento, no se planteó algo que hoy la mayoría de las constituciones contienen: la existencia de reglas generales en la parte de los principios y garantías fundamentales de contenido ambiental en el catálogo de derechos.

Sobre este debate, Alejandro Silva Bascañán plantea en el Acta N° 186 que “[...] si el bien común consiste en proporcionar a todos los habitantes –personas naturales o morales– las condiciones necesarias para su integral desarrollo humano, es un aspecto integrante, básico y genérico del mismo aquello de que el Estado deba asegurar a los habitantes, precisamente, un ambiente libre de toda contaminación, velar porque ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales. De manera que esa disposición debe estar en el capítulo de las normas generales [...] lo mismo piensa respecto del inciso tercero, relativo a que ‘la integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental’. Estima que donde se define la soberanía y su contenido debe colocarse una frase que se relaciona tan íntimamente con ella y con la seguridad, porque el patrimonio no puede ser sólo físico, sino que también ambiental, que es un integrante sustancial [...] Sin embargo, en este precepto, donde se trata de un valor colectivo tan genérico, tan indispensable, tan ‘atmosférico’ –por decirlo así–, tan propio de un requisito esencial de convivencia, le parece que no puede reducirse a una simple enunciación de la tabla que se asegura a todos los habitantes y a cada uno de ellos. Porque vendrán problemas sobre cuándo, cómo y quién ejercerá el derecho; y entonces, como no podrá precisarse específica y concretamente respecto de determinadas personas, la inasibilidad jurídica del derecho que se está consagrando, generará dificultades de tipo político, puesto que, en verdad, si el Estado falta tan gravemente al bien común que descuida la preservación del medio ambiente,

lo que representa un peligro y un atropello para toda la colectividad, sólo puede ser instado para que se encamine por la senda correcta mediante los resortes políticos de que disponen los ciudadanos”⁹.

El asunto, quedará resuelto en la Constitución, colocando en el Capítulo III una dimensión construida en base a la idea de lo ambiental como derecho fundamental y este antecedente es trascendental de cara al texto de una futura Constitución.

Sobre esta posición, Silva Bascuñán defensor de la idea de introducir lo ambiental en la parte primera concluye que, “[...] en resumen, es partidario de que los incisos primero y tercero se coloquen en las normas generales; de eliminar el inciso segundo, y de que no se estatuya como derecho que se asegura a todos los habitantes de la República, debido a que lo fundamental que se asegura a todos es que el Estado va a ser manejado dentro del bien común. Y ello no es materia de una enunciación de tabla de derechos”¹⁰.

El Comisionado Ortúzar, contrario a esta idea, defiende la tesis de un contenido ambiental implícito en el bien común, haciendo por tanto innecesaria su referencia en esta parte, sosteniendo la idea que era mejor consagrarlo como parte del catálogo de los derechos¹¹. Al respecto señala que “está bien consagrar en esta parte la garantía constitucional relativa al medio ambiente. En primer término, la observación formulada por el señor Silva Bascuñán en el sentido de que en cierto modo el medio ambiente está comprendido en el bien común, que es deber del Estado promover, constituye precisamente una razón para no establecerlo en el capítulo I, porque se estaría, en cierta forma, reiterando un concepto. De lo que se trata ahora es, justamente, especificar un poco, en lo que dice relación al derecho a vivir en condiciones normales. De manera que no ve inconveniente alguno para que el medio ambiente figure como garantía fundamental, no obstante, la relación que reconoce que puede haber entre el bien común y la garantía relativa al medio ambiente [...]”¹².

Pocos años antes de estas discusiones al interior de la Comisión, en la comunidad internacional la Declaración de Estocolmo de 1972 anunciaba ya la preocupación por la protección del medio ambiente. En este sentido, se establece en el preámbulo de esta declaración que “2. La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos. 3. El hombre debe hacer constante recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre de trans-

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 186, de 9 de marzo de 1976, Tomo VI. https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ver: Liliana Galdámez, «Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile». A partir del desarrollo de la investigación en el marco del proyecto FONDECYT de iniciación, me lleva a constatar ahora que esta es una discusión absolutamente central de cara a una futura propuesta de consagración de lo ambiental en la Constitución.

¹² Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*.

formar lo que le rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado. Especialmente en aquel en que vive y trabaja”¹³.

La preocupación de los integrantes de la Comisión y la certeza de que la cuestión ambiental debía ser tratada en la Constitución estaba en sintonía con las preocupaciones mundiales que entonces comenzaron a manifestarse.

En el ámbito internacional, el consenso de Washington, por otra parte, quiso expresar otras preocupaciones que ocupaban por entonces a una parte del mundo, la cuestión del crecimiento que surge de manera paralela a las preocupaciones ambientales y donde la última no tuvo relevancia. En ese sentido, sostiene Martínez que: “Hoy es claro que el Consenso de Washington ha definido una etapa exitosa de la globalización y para las prácticas neoliberales, pero desalentadora para muchos países de la región latinoamericana, que no han logrado el auge económico prometido tanto por los organismos internacionales como por el decálogo del CW, aun en los casos en los que se han puesto en marcha puntualmente las reformas de política económica recomendadas”¹⁴.

Así, se evidencia que la Comisión Ortúzar en ese momento, tuvo más en cuenta la dimensión ambiental como derecho fundamental, pero no lo que podía significar respecto al desarrollo económico.

La Comisión no parecía advertir entonces la compleja tensión que la protección del entorno suponía para el crecimiento económico y llegada la hora de resolver, la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno no consideró la dimensión ambiental. De hecho, lo que verdaderamente primó en los primeros años de vigencia de la Constitución fue la necesidad de potenciar y aligerar el camino para el crecimiento, asumiendo desde ya el camino de la desregulación que promovió el Consenso de Washington. Complementando lo anterior, Martínez sostiene que: “El proceso de desregulación está vinculado con la privatización, pues la venta de entidades paraestatales necesita la modificación de leyes y reglamentos que permitan la entrada de nuevos inversionistas y empresas nacionales y extranjeras, lo que a su vez beneficia a la inversión extranjera directa”¹⁵.

¹³ Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, de 16 de junio de 1972, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>

¹⁴ Rubí Martínez y Ernesto Soto, «El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina», *Política y Cultura* 137 (2012): 50.

¹⁵ Rubí Martínez y Ernesto Soto, «El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina», 48.

Finalmente, el acuerdo de la Comisión Ortúzar se concretó en la propuesta de una norma que construye lo ambiental como un derecho fundamental. En este sentido, el Comisionado Diez señaló: “[...] que la Comisión debe establecerlo [el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación] como derecho individual, para dar a las personas o a los grupos de personas o a instituciones la oportunidad de recurrir a los tribunales. Todos los derechos individuales establecidos en la Constitución deben cubrirse con algún tipo de recurso. Debe estudiarse alguna fórmula que permita dar competencia a algún tribunal para que pueda velar por tales derechos. Por eso le agrada que *se establezca* como derecho individual”¹⁶.

El destino de la norma quedó entonces definido para ubicar al medio ambiente en la perspectiva de un derecho, no como un principio, aunque no se debe olvidar que para la Comisión Ortúzar lo ambiental se entendió incorporado en la noción bien común.

Del trabajo de la Comisión puede sostenerse, entonces, que para esos años se trató de priorizar la configuración de un derecho de carácter individual. La tensión entre este derecho y otros de la Constitución, quedó plasmada en el inciso segundo de la disposición que mandata al legislador a limitar otros derechos cuando es necesario proteger el medio ambiente. No se plantearon debates en torno a la tensión crecimiento económico y protección del medio ambiente, por lo que, este será un problema que empieza a anunciarse ya a fines del siglo pasado.

Este marco jurídico de lo ambiental será referencia para abordar los problemas ambientales que se gestaron y proliferaron en la época del crecimiento económico del país, particularmente desde el retorno de la democracia, resaltando lo ambiental tratado como un derecho fundamental.

2. Los problemas ambientales de Chile

Tres informes nos muestran los problemas que afectan al país en distintos ámbitos y que se han desarrollado sin que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pueda encausar una solución sistémica al problema.

La conflictividad sigue manifestándose en los costos del crecimiento y la afectación del entorno, la pérdida de la biodiversidad y de los paisajes, flora y fauna y que también afecta la calidad de vida de las ciudades por los problemas derivados de la contaminación, además de la conflictividad asociada al agua.

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*.

2.1. Los informes

2.1.1. Evaluación del desempeño ambiental de Chile, OCDE 2016

La OCDE señaló que: “Los recursos naturales representan un pilar de la economía de Chile, que es el mayor productor mundial de cobre y uno de los principales exportadores de productos agrícolas, forestales y pesqueros. El país se benefició del auge de los precios de las materias primas en la década de 2000 y experimentó un crecimiento económico sostenido durante la mayor parte de los últimos 15 años [...] No obstante, este crecimiento sólido se vio acompañado de una tenaz persistencia de la desigualdad de los ingresos y de mayores presiones sobre el medio ambiente, sobre todo la contaminación atmosférica, la escasez de agua, la pérdida de hábitats, y la contaminación del agua y el suelo”¹⁷.

Más adelante señala que “A raíz de la creciente actividad económica, de una mayor extracción y uso de recursos naturales, y del desarrollo y la expansión de la infraestructura, se intensifican las presiones que sufre la variada diversidad biológica de Chile. La profunda desigualdad en materia de ingresos exacerba los conflictos ambientales y alimenta la desconfianza. Los objetivos relacionados con la diversidad biológica se están integrando progresivamente en otras áreas de política, como la agricultura, la silvicultura y la minería, pero aún no se han materializado resultados tangibles”¹⁸.

A propósito de las aguas, el informe destaca que, “Las principales fuentes de contaminación de las aguas superficiales son las aguas residuales de origen urbano e industrial, la piscicultura y el procesamiento de pescados, la agricultura y la industria agroalimentaria [...] aunque hay notables diferencias entre regiones”¹⁹. El informe agrega que “El limitado tratamiento terciario de aguas servidas [...] y la elevada escorrentía agrícola han provocado una contaminación de los nutrientes y una eutrofización de lagunas costeras, humedales y estuarios; los efluentes de la minería han elevado los niveles de concentración de metales pesados y otros contaminantes tóxicos en las aguas superficiales [...]”²⁰.

Continúa señalando que “Chile ha adoptado normas sobre los vertidos del alcantarillado y la calidad del agua, con el fin de proteger los ecosistemas de cuatro cuencas fluviales y dos cuencas colectoras lacustres que proveen de agua a grandes ciudades. Las normas aplicables a algunas de las cuencas hidrográficas del norte de Chile más afectadas por la actividad minera todavía están en proceso de elaboración y se está actualizando la normativa sobre los efluentes industriales. A comienzos de 2016 se estaba creando una plataforma de información ecológica y sobre la calidad del agua, destinada a reagrupar y difundir toda la información disponible sobre la materia. La falta de datos generales y consistentes es un

¹⁷ CEPAL y OCDE, *Evaluaciones...*, 3.

¹⁸ CEPAL y OCDE, *Evaluaciones...*, 20.

¹⁹ Ídem.

²⁰ CEPAL y OCDE, *Evaluaciones...*, 234.

grave obstáculo para la gestión de los recursos hídricos. Los abundantes recursos hídricos de Chile se distribuyen de manera desigual en el país”²¹.

En este sentido, agrega que “[...] desde la adopción del Código de Aguas en 1981, la asignación y el uso de los recursos hídricos se basan en un sistema de derechos negociables. Sin embargo, la reglamentación y la transparencia insuficientes del mercado de aguas se han traducido en asignaciones excesivas y una extrema concentración de los derechos, la sobreexplotación de algunos acuíferos, escasez de agua potable en algunas áreas rurales y conflictos entre los usuarios. En la reforma del Código de Aguas realizada en 2005 se impusieron normas más estrictas sobre gestión de las aguas subterráneas y un flujo mínimo para la concesión de nuevos derechos de agua, con el fin de proteger la capacidad de recuperación de los cuerpos de agua, pero hay muchos problemas de falta de información y fallas del mercado que aún no se han resuelto”²².

2.1.2. Informe País, Estado del Medio Ambiente en Chile: Comparación 1999-2015. Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile

Entre las principales conclusiones que el informe plantea, quisiera destacar precisamente aquellas cuestiones que ponen el acento en el modelo de desarrollo y los costos asociados de dicho modelo para el entorno.

En este sentido, el informe plantea que: “Con la dictación en 1974 del Decreto Ley 600 (Estatuto de la Inversión Extranjera), se inició un proceso de atracción de capitales extranjeros para el desarrollo de sectores específicos de la economía, de modo de desarrollar las capacidades productivas orientadas a satisfacer el mercado externo. Los sectores que capitalizaron este proceso fueron los relacionados directamente a los recursos naturales: minero, pesquero y silvoagropecuario. Los conflictos ambientales derivados de esta política empezaron a florecer con fuerza. Los resultados ambientales de este proceso han sido evidentes. Por un lado, una mayor presión sobre los recursos naturales, convertidos estos nuevamente en el motor de la inserción internacional de la economía y, por otro lado, una pérdida del rol del Estado como fiscalizador. Las consecuencias fueron dispares, pues los resultados macroeconómicos fueron exitosos, pero se evidenció un aumento de la presión sobre el ambiente físico, provocando el deterioro del patrimonio natural, una alta dependencia de los mercados externos, un aumento de las desigualdades económicas y sociales, entre otros impactos”²³.

²¹ CEPAL y OCDE, *Evaluaciones...*, 26.

²² Ídem.

²³ Universidad de Chile, *Informe País, Estado del Medio Ambiente en Chile. Comparación 1999-2015*, (Santiago: Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile, 2016), 17 y 18. <http://www.inap.uchile.cl/publicaciones/129607/informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-1999-2015>.

Agrega el informe en comentario que “[...] la modalidad de desarrollo adoptada por el país privilegió por sobre cualquier otra dimensión, el crecimiento económico. Faltó una estrategia más integral, que utilice la política de crecimiento económico en función de fines superiores de una estrategia de Estado: el mejoramiento de la calidad de vida de los chilenos, sobre la base de un desarrollo ambientalmente sustentable”²⁴ (énfasis agregado).

Por último, el informe menciona que “[...] el incremento del poder adquisitivo de la población, amén del mejoramiento de las condiciones de vida, ha generado fuertes presiones sobre el medio ambiente [...] En estos 16 años han aumentado los residuos domiciliarios, se han generado nuevos residuos contaminantes, se ha incrementado el parque automotriz nacional, y el congestionamiento de los flujos de transporte urbano y rural. Se han ocupado nuevos territorios por la expansión de las ciudades y la proliferación de parcelas de agrado. Se ha invadido el borde costero, hay mucha más demanda de energía eléctrica y calefacción, más visitas turísticas en parques nacionales los que se ven afectados por incendios”²⁵.

2.1.3. Informe conflictos socioambientales, Instituto Nacional de Derechos Humanos

El Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos identifica un total de cincuenta y cinco conflictos socioambientales activos a lo largo del país, y cuarenta y cuatro conflictos latentes, de un total de ciento dos, donde se incluyen conflictos abiertos, cerrados y latentes.

Para el Instituto, dichos conflictos pueden definirse como “disputas entre diversos actores –personas naturales, organizaciones, empresas públicas y privadas, y el Estado–, manifestadas públicamente y que expresan divergencias de opiniones, posiciones, intereses y planteamientos de demandas por la afectación (o potencial afectación) de derechos humanos, derivada del acceso y uso de los recursos naturales, así como por los impactos ambientales de las actividades económicas”²⁶.

En el caso de pozos de extracción de aguas en el Parque Nacional del Lauca, por ejemplo, señala el informe que: “La gran cantidad de vegetación altiplánica y la presencia de pumas, vicuñas, llamas, guanacos, ñandúes y flamencos chilenos hicieron que UNESCO decretara la zona como Reserva de la Biosfera en 1981. Durante muchos años este parque

²⁴ Universidad de Chile, *Informe...*, 20.

²⁵ Universidad de Chile, *Informe...*, 24.

²⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). *Mapa de Conflictos socioambientales*. Santiago: 2015. Disponible en <http://mapaconflictos.indh.cl/assets/pdf/libro-web-descargable.pdf>

ha estado sometido a presiones por parte de los sectores productivos minero y agrícola, que buscan utilizar las riquezas minerales y el agua que hay en esta zona²⁷.

Entre los datos que destacan del informe, merece la pena señalar que treinta y cinco de esos conflictos se relacionan con la industria de la minería y cuarenta y tres con la industria de la energía²⁸.

2.2. La jurisprudencia

La jurisdicción ordinaria conoce del recurso de protección donde se discute la compatibilidad de las leyes o de su aplicación con el texto de la Constitución, en lo que interesa ahora, en su dimensión ambiental.

En este apartado se analizarán algunas sentencias de las más de doscientas que se han revisado en el marco del proyecto Fondecyt In.11140270 del que he sido investigadora responsable, y que son una buena muestra de algunos de los problemas que conocen Ministros de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema²⁹. En líneas generales, es posible establecer categorías conforme al entorno en que se producen los hechos que darán lugar a la jurisprudencia. Entornos urbanos, rurales y espacios naturales.

Además, un tercio de los casos analizados se relacionan con la minería y la industria de la energía. La mayoría de los recursos de protección presentados en estas últimas temáticas se dirigen contra decisiones tomadas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Enseguida, una muestra de dos casos que se han analizado a lo largo de la investigación. Un problema frecuente en las zonas rurales es el que se produce por contaminación de aguas de regadío. En la causa Rol N° 7.844-2.013³⁰, sustanciada ante la Corte Suprema, la recurrente afirma que “[...] el acto arbitrario e ilegal en que se ha incurrido consiste en la periódica contaminación que año a año sufre el Canal del Cerro Santelices que extrae sus aguas desde el Estero Carretón y el Estero Carretones, ubicado en la comuna de Molina y Sagrada Familia, el que desde hace más de 9 años, en los meses de febrero a mayo de cada año presenta una intolerable contaminación de sus aguas por causas hasta hoy en parte desconocidas, lo que se traduce en agua con sedimentos de color café totalmente extraño a su transparencia habitual, olor nauseabundo y alta peligrosidad para ser utilizado en actividades de riego, así como para bebederos de animales, por la alta toxicidad de sus aguas, lo

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

²⁹ Este apartado se elabora teniendo a la vista el artículo de mi autoría, «Recurso de protección y medio ambiente», que forma parte del libro *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*, que se encuentra en su etapa de edición en la Editorial Jurídica de Chile.

³⁰ Corte Suprema. Rol N° 7.844-2.013. Recurso de Protección (acogido parcialmente) contra empresa Sebastián Astaburuaga y CIA; RR Wine; Patagonia Fresh S. A.; Planta de Tratamiento de aguas servidas de la empresa Nuevo Sur, Molina y todos quienes resulten responsables.

que ha llevado a que gran cantidad de los caballares pura sangre chilenos que existen en el predio y que son parte del prestigioso ‘Criadero Santa Elba’ de Ramón Cardemil Moraga, hayan fallecido en los años anteriores”³¹.

Para este caso incluso aunque no ha sido establecido el origen de la contaminación, la Corte Suprema resuelve que: «seguidamente, corresponde desestimar las alegaciones respecto de la indeterminación del recurso, cuestión que, a juicio de los recurridos, motivaría el rechazo de la acción. En efecto, si bien el artículo 20 inciso segundo de la Constitución Política de la República puntualiza que en el caso del N° 8 del artículo 19 procederá la acción cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, lo cierto es que en la especie ese requisito se cumple a cabalidad, pues la acción se ha dirigido en contra de cuatro empresas que se individualizan y además se ha solicitado informe al Seremi de Salud de la Región del Maule y a la Superintendencia de Servicios Sanitarios. No obsta a tal conclusión la circunstancia de haber hecho presente la actora que no tenía la certeza de que sean efectivamente éstas empresas las que contaminan, pues sólo podía presumirlo por el resultado de las pocas actuaciones desplegadas por la autoridad sanitaria. Lo que expone resulta lógico, toda vez que, incluso hoy, lo único cierto es que las aguas están contaminadas [...]»³².

“[...] Que despejado lo anterior, se debe señalar que en estos autos no existen antecedentes suficientes para imputar a las empresas recurridas la autoría de la contaminación del Estero Carretón; sin embargo, ello no es óbice para que esta acción pueda prosperar [...]»³³.

“[...] Que, por lo expuesto, resulta imperioso adoptar las medidas que aseguren que las autoridades administrativas cumplan la labor que les ha sido encomendada y fiscalicen a todas las empresas del sector del Estero Carretón, para efectos de determinar quiénes son las personas o empresas que contaminan o que vierten RIL clandestinamente, como también aquellas que realizan imperfectamente el proceso de tratamiento de los mismos sin cumplir con el Decreto Supremo N° 90”³⁴.

El presente caso, además de poner en evidencia los problemas ambientales comunes en el campo y en zonas de cultivo, la sentencia sintetiza las debilidades que implica para la protección del entorno las herramientas que el recurso de protección contempla. Concretamente, hace falta un mecanismo de supervisión del cumplimiento de las sentencias que entregue más garantías a los recurrentes. Otra cosa es lo que podría ocurrir si las personas, tanto las empresas como las personas naturales, actuaran considerando las variables me-

³¹ Recurso de protección, presentado con fecha 08 de febrero de 2.013 en la causa Rol N° 221-2.013 de la Corte de Apelaciones de Talca, 1.

³² Corte Suprema. Rol 7.844-2.013, de 26 de noviembre de 2013, Considerando 7°.

³³ Corte Suprema. Rol 7.844-2.013, de 26 de noviembre de 2013, Considerando 8°.

³⁴ Corte Suprema. Rol 7.844-2.013, Considerando 10°.

dioambientales y las consecuencias que siguen al crecimiento económico descuidado y poco responsable.

El segundo caso, dice relacionado con la minería, y pese a que de los casos analizados la mayoría de las protecciones son rechazadas, podemos señalar en causa Rol N° 300-2012, sustanciada ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, y confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 5.339-2.013, que “los suplicantes reprochan a la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama, recién con fecha 20 de agosto de 2012 diera inicio a un proceso sancionatorio administrativo, pero sin adoptar ninguna medida cautelar para evitar el mayor agravio a la zona [...] Por otra parte los recurrentes estiman que la actitud de la Comisión de Evaluación Ambiental, co-recurrida de autos, es censurable por cuanto como sucesora legal de la COREMA, no obstante las diversas advertencias de irregularidades, hasta el momento no ha fiscalizado, sancionado o tomado medidas para detener las actividades ilegales de la compañía recurrida, lo que a juicio de los reclamantes, constituye una omisión grave e injustificable que se ha intentado enmendar recién con un proceso de sanción administrativo tardío, sin adoptar las medidas cautelares o preventivas tales como ordenar la paralización o suspensión de todo o parte de las faenas o actividades ejecutadas en contravención a la ley, pudiendo y debiendo hacerlo de conformidad a la Ley N° 19.300, Ley N° 19.880 y al deber constitucional y legal que tiene, como órgano del Estado de cautelar la preservación del medio ambiente previniendo los impactos ambientales antes que ellos se produzcan. Con todo –se asevera–, la actitud pasiva de la Comisión de Evaluación Ambiental transgrede el principio de prevención que gobierna la legislación medioambiental, el que se destaca por los recurrentes mediante jurisprudencia que invocan en su escrito”³⁵.

Para este caso la Corte finalmente resolvió: “Se acoge el recurso de protección interpuesto [...] en contra de Minera Nevada SpA y sólo en lo atinente a las siguientes medidas que se decretan. En consecuencia, se ordena que la aludida compañía recurrida deberá: 1.- Mantener paralizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias que ha ordenado la Superintendencia del Medio Ambiente, previa verificación por parte de la mencionada autoridad medioambiental. 2.- Solicitar al recurrido, dentro del plazo de 15 días hábiles contado de la notificación de la presente resolución, el inicio del procedimiento administrativo de revisión de la RCA, para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustantivamente, y por ende, corresponde adoptar las medidas administrativas necesarias para corregir dicha situación. En el evento que la autoridad competente, determine la ausencia de una modificación de las variables

³⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 300-2012, de 15 de julio de 2013, Considerandos 3-5.

ambientales y la improcedencia de una revisión a la RCA, se requerirá por esta Corte a la Superintendencia del Medio Ambiente iniciar un proceso de investigación respecto a los referidos hechos y los efectos que pudieren provocar. 3.- Presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares y glaciaretos ante la Superintendencia del Medio Ambiente a fin de que ésta fiscalice y monitoree el cabal cumplimiento de la ley ambiental, sin perjuicio de que incoe los procedimientos administrativos correspondientes”³⁶ (énfasis agregado).

Nuevamente, se verifica tanto la complejidad de la discusión como las dificultades derivadas del cumplimiento de lo resuelto, incluso se pone en duda la eficacia de la medida, la burocracia asociada a estos recursos salta a la vista. Cabe indicar que todo ello se opone a la naturaleza del recurso de protección como acción cautelar, informal, de rápida tramitación.

No parece que esta clase de conflictos puedan ser resueltos por esta vía, no obstante, la suspensión de las obras resulta muchas veces ser una medida que es buscada, mediante la interposición de recursos de protección, sin que se conozca en qué grado mejora la protección del entorno y la garantía de los derechos con la referida medida.

En cuanto la jurisdicción constitucional, si bien el Tribunal Constitucional no ha sido llamado a pronunciarse sobre los debates nacionales a propósito del medio ambiente, a partir de su jurisprudencia ha desarrollado algunos criterios que han evolucionado en el tiempo, hacia una mayor consideración con la protección del medio ambiente.

En el Tribunal Constitucional, que conoce de la dimensión ambiental de la Constitución como derecho, deber de protección y cláusula de restricción de derechos, la mayoría de los litigios se han planteado precisamente en torno a la delimitación de la relación entre el contenido ambiental de la Constitución de 1980 y el derecho a la libertad de empresa y derecho de propiedad.

En una primera etapa, los conflictos de constitucionalidad se resolvieron, claramente, en favor de la protección de la libertad de empresa. Así, por ejemplo, en el Rol N° 146-1.992, donde un grupo de Diputados solicita declarar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 357 del Ministerio de Obras Públicas, que establecía una prohibición para la colocación de carteles en caminos públicos, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de empresa solo podía ser limitada por las razones invocadas en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, es decir, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Cabe indicar que la sentencia en comento no razonó en base al inciso final del artículo 19 N° 8, sino exclusivamente en base a la protección de la libertad de empresa. La jurisprudencia demuestra que en la totalidad de los casos, en fondo del conflicto dice relación con esta tensión. Sin embargo, en estas decisiones el Tribunal Constitucional paulatinamente va a desarrollar consideraciones que van en dirección de dar mayor entidad al con-

³⁶ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 300-2012, Considerandos 32-33.

tenido ambiental de la Constitución, llegando ya en una última etapa a dar consistencia y contenido al interés público, a propósito de los deberes que pesan sobre el titular de una concesión minera (artículo 19 N° 24).

En causa Rol N° 2.678-2.014³⁷ se discutió³⁸ la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097 sobre concesiones mineras. El artículo en comento establece que “todo concesionario minero tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión. Dicha facultad se ejercerá de conformidad con las normas de la presente ley y estará sujeta a las limitaciones que se prescriban en el Código de Minería. Las limitaciones se establecerán siempre con el fin de precaver daños al dueño del suelo o de proveer a fines de interés público; consistirán en la necesidad de obtener permiso del dueño del suelo o de la autoridad correspondiente, en su caso, para ejercer la facultad de catar y cavar en ciertos terrenos [...] Sin embargo, sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos” (énfasis agregado).

En el presente caso, el Tribunal Constitucional dota de contenido constitucional a la noción de interés público, señalando que entre otras consideraciones, dicho interés también se configura a partir de la protección del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A saber, señala que “[...] dicho interés público ha de estar al servicio de la persona humana y debe promover el bien común. Adicionalmente, forman parte del interés público del inciso séptimo del numeral 24° del artículo 19 otros deberes reconocidos por el inciso final del artículo 1° constitucional: la protección a la población y su familia, el fortalecimiento de ésta, la integración armónica de todos los sectores de la Nación y el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Así mismo, los órganos del Estado no podrían sino justificar el otorgamiento de una concesión minera en plena armonía con todos los contenidos del artículo 19, los que, entre otros, incluyen el deber de velar por el respeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”³⁹.

Es a partir de la jurisprudencia donde se pueden identificar las dificultades y problemas derivados de la técnica normativa que se usa para desarrollar los contenidos ambientales de la Constitución. Así, es posible evidenciar que partir de la judicialización del

³⁷ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedades Legales Mineras, respecto de los artículos 7, de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y 15, inciso cuarto, del Código de Minería, en aquella parte en que ambas disposiciones legales señalan que sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en terrenos arbolados o viñedos, o bien, plantados de vides o árboles frutales, en los autos sobre recursos de casación en la forma y en el fondo, de que conoce actualmente la Corte Suprema por recurso de reposición, bajo el Rol N° 2678-2014.

³⁸ La controversia se produce porque la sociedad minera solicita la ampliación de la servidumbre minera o bien, que se constituya una nueva, sobre una zona de propiedad de la recurrida (una sociedad agrícola) y plantada con nogales. El permiso fue denegado por la sociedad agrícola.

³⁹ Tribunal Constitucional. Rol 2.678-2.014, de 25 de junio de 2015, Considerando 13°.

derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los otros contenidos de la norma parecen subsumirse en la idea del derecho, no llegando a desplegar su fuerza normativa el deber de protección y cláusula de restricción de derechos que consagra la disposición constitucional en comento.

A partir de estas reflexiones, en el tercer y último apartado de este trabajo se elaborarán algunas propuestas sobre futuros contenidos ambientales para una nueva Constitución.

3. La propuesta

La técnica normativa utilizada en la configuración de la dimensión ambiental contenida en la Constitución de 1980 es deficitaria por varias razones. La mezcla de derechos y principios, la indeterminación del sentido y alcance del derecho y las limitaciones del recurso de protección, determinan una jurisprudencia de la que es difícil extraer criterios uniformes e identificar una doctrina consolidada.

Pese a ser una disposición compleja, que contiene deberes y cláusulas que podrían ser más operativas, los informes sobre el desempeño ambiental de Chile dan cuenta de lo que falta por hacer y de los desafíos que implica para el país la protección del entorno y el aseguramiento de la calidad de vida.

La Constitución de 1980 aborda de manera temprana la cuestión ambiental como derecho fundamental, deber de protección y cláusula que habilita al legislador para introducir límites a otros derechos cuando se trata de proteger el medio ambiente⁴⁰. La norma se introduce en el Capítulo Tercero que contiene la mayoría de los derechos fundamentales que la Constitución asegura, pero no tiene un desarrollo en la parte primera, de las bases de la institucionalidad. A mi modo de entender, la técnica normativa influye en la relativa fuerza normativa de esta disposición.

Este triple contenido, hace que la tutela jurisdiccional del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea más o menos amplia, según el criterio de los jueces, porque muchas veces se entremezclan deber de protección y derecho fundamental.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, a partir de la jurisprudencia examinada⁴¹, se puede concluir que los aspectos más interesantes de sus criterios se producen a propósito de las tensiones entre la protección ambiental y el derecho a la libertad de empresa y derecho de propiedad. Inicialmente no resueltas en favor de este nuevo y extraño derecho –como lo sería el medio ambiente en la década de los noventa– aunque paulatinamente

⁴⁰ Ver: Liliana Galdámez, «Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile».

⁴¹ Tribunal Constitucional. Sentencias correspondientes a las causas Rol N° 146-1.992, Rol 185-2.012, Rol 94-2.012, Rol 2.299-2.012, Rol 2.644-2.014, Rol 2.684-2.015, Rol 2.678-2.014 y Rol 2.884-2.015.

se irá desarrollando la dimensión ambiental de la Constitución, esta vez asociada a otras nociones relevantes como es el interés público.

A partir del examen de los resultados del desempeño ambiental de Chile y de las opiniones de los jueces, propondremos algunas ideas elementales sobre el futuro de la cuestión ambiental de la Constitución. Dicha propuesta se elabora considerando la necesidad de incluir principios, deberes, derechos, mecanismos de control y criterios de interpretación en distintos capítulos de la Constitución.

En cuanto el contenido elemental quisiera proponer a discusión los siguientes:

i) Como principios, en la parte primera:

- El crecimiento del país debe desarrollarse considerando los límites del medio ambiente, preservando las bases de la vida y los derechos de futuras generaciones a disfrutar del entorno. La preservación del medio ambiente contempla el patrimonio natural y cultural del país.

- El agua es un bien nacional de uso público.

- Todas las personas deben proteger el medio ambiente. La contravención de este deber dará lugar a obligaciones de reparación. Los principios preventivo y precautorio regirán las decisiones que afecten el medio ambiente.

- El legislador podrá introducir límites a otros derechos cuando deba proteger el medio ambiente y el patrimonio ambiental del país.

ii) Como derecho fundamental y su garantía:

- La Constitución garantiza a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente sano. La Constitución garantiza a las personas su participación en las decisiones políticas, normativas y administrativas que les afecten. El legislador desarrollará su implementación.

- Toda persona que sufra privación, perturbación o amenaza de su derecho a un medio ambiente sano podrá interponer una acción de tutela de su derecho ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los tribunales ambientales tendrán competencia para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte de Apelaciones cuando el recurso sea acogido.

- Para las cuestiones que se planteen en el marco del uso de recursos naturales, el legislador podrá desarrollar un procedimiento especial para resolverlas.

Finalmente, quiero resaltar que cualquiera sea el contenido de la futura norma, deberá ser el resultado de un debate democrático, responsable y participativo, que pueda delinear en gruesos trazos ese terreno por el que el país quiere transitar, ojalá sea en la dirección de la protección de la calidad de vida y el patrimonio ambiental y natural que pertenece a todas las personas.

Bibliografía

Ávila, Ramiro. *El derecho de la naturaleza: fundamentos*. Quito: Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina CAN, 2010.

- Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.
- Biblioteca del Congreso Nacional. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*. Sesión N° 186. 9 de marzo de 1976. Tomo VI. https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*.
- Cordero, Luis, Director. *Actualidad Administrativa, Decisiones destacadas del año 2015*. Santiago: Thomson Reuters, 2016.
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, de 16 de junio de 1972.
- Gargarella, Roberto y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Serie Políticas Sociales 153*. Santiago: CEPAL, 2009. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Galdámez, Liliana. «Constitución, Medio Ambiente y Tratados en Chile». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 148 (2017): 113-144. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997>
- Galdámez, Liliana. «Recurso de protección y medio ambiente». En *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, en edición.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). *Mapa de Conflictos socioambientales*. Santiago: 2015. Disponible en <http://www.indh.cl/mapadeconflictos>
- Martínez, Esperanza. Prólogo a *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- Martínez Rubí y Ernesto Soto Reyes. «El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina». *Política y Cultura* 137 (2012): 35 – 64.
- Vilaseca Boixareu. «Democracia ambiental: una alternativa a la crisis civilizatoria del Capitalismo tardío». Tesis Doctoral. Facultad de Derecho, Universitat Rovira i Virgili, 2016.
- SIMON Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Universidad de Chile. *Informe País, Estado del Medio Ambiente en Chile. Comparación 1999-2015*. Santiago: Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2016. <http://www.inap.uchile.cl/publicaciones/129607/informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-1999-2015>

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional. Rol 2.678-2.014, de 25 de junio de 2015.
- Corte Suprema. Rol N° 7.844-2.013, de 26 de noviembre de 2.013.
- Corte Suprema. Rol N° 5.339-2.013, 25 septiembre 2.013.
- Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 300-2012, de 15 de julio de 2013.

Corte de Apelaciones de Talca. Rol N° 221-2.013, 08 de febrero de 2.013.

Recibido: 12 de septiembre de 2017.

Aceptado: 17 de enero de 2018.

Filiación institucional de la autora:

Liliana Galdámez, Investigadora del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.